

## Tilburg University

### **...en toen was er geen ondernemingsraad!**

Jellinghaus, S.F.H.

*Published in:*  
ArbeidsRecht

*Publication date:*  
2014

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Jellinghaus, S. F. H. (2014). ...en toen was er geen ondernemingsraad! *ArbeidsRecht*, 21(1), 27-30.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## ... en toen was er geen ondernemingsraad!

*ArbeidsRecht 2014/7*

**Het komt regelmatig voor dat een werkgever niet aan zijn wettelijke verplichting heeft voldaan om een ondernemingsraad in te stellen. In deze bijdrage wordt bekeken wat dit voor gevolgen heeft = voor de individuele werknemers en de werkgever. Daarbij wordt aandacht besteed aan de schending van het instemmings- en adviesrecht alsmede de gevolgen bij het doorvoeren van een collectief ontslag.**

### Inleiding

Alhoewel het voor werkgevers die meer dan 50 werknemers in dienst hebben een wettelijke verplichting is om een ondernemingsraad in te stellen, blijkt in de praktijk dat dit niet altijd het geval is. Uit onderzoek uitgevoerd in 2012 in opdracht van het Ministerie SZW blijkt dat circa 75% van de werkgevers aan deze wettelijke verplichting voldoet.<sup>2</sup> Een groot gapend gat, zeker nu het niet instellen van een ondernemingsraad niet strafrechtelijk wordt gesanctioneerd (bijvoorbeeld door middel van de Wet economische delicten). Dit heeft volgens de minister geen meerwaarde.<sup>3</sup> Het ligt op de weg van belanghebbenden (vide art. 36 WOR) om in voorkomende gevallen de oprichting van een ondernemingsraad bij de rechter af te dwingen. Dit is volgens hem middels art. 36 WOR voldoende gewaarborgd.<sup>4</sup> Deze bijdrage ziet niet op het recht om de instelling van een ondernemingsraad af te dwingen, maar op de verdere gevolgen die het ontbreken van een wettelijke verplichte ondernemingsraad heeft ten aanzien van individuele werknemers. Daarbij valt te denken aan het ontslaan van werknemers door een werkgever terwijl er geen adviesaanvraag is ingediend of het doorvoeren van een wijziging van de arbeidsvoorwaarden, zonder dat het instemmingsrecht ex art. 27 WOR eraan te pas kon komen vanwege het ontbreken van een ondernemingsraad.

### Schending van het instemmingsrecht zonder medezeggenschapsorgaan

Het is vaste rechtspraak dat een medezeggenschapsorgaan individuele medewerkers door het al dan niet verlenen van instemming niet kan binden.<sup>5</sup> Uit de wetgeschiedenis ter

zake art. 7:613 BW blijkt dat het aanvankelijk de bedoeling was de aanwezigheid van een zwaarwichtige reden aan te nemen wanneer de ondernemingsraad akkoord ging met de aanpassing. Dit stond in het toenmalige lid 2, dat vervolgens onder druk van de vakorganisaties uit het wetsvoorstel is gehaald. Immers, hiermee werd de kracht van een cao ondermijnd.<sup>6</sup> Waarom nog een cao afsluiten wanneer het ook kan worden bereikt met een akkoord met de ondernemingsraad?

Het niet opgenomen zijn in de wet van de doorwerking wil echter nog niet zeggen dat dientengevolge de opinie van de ondernemingsraad van generlei waarde is. Geconstateerd kan worden dat de rechtspraak uit 1988 van de Hoge Raad ter zake IBM en van dezelfde dag inzake AKZO nog steeds actueel is.<sup>7</sup> In beide kwesties overwoog de Hoge Raad:

"De ondernemingsraad kan bij een zodanige wijziging slechts in zoverre een rol spelen dat ... een beroep van individuele werknemers op strijd met redelijkheid en billijkheid niet licht zal kunnen worden aanvaard, wanneer door de ondernemingsraad tegen de inhoud van de wijziging geen bezwaar is gemaakt."

Deze benaderingswijze lijkt erop te wijzen dat de afwezigheid van een ondernemingsraad niet direct hoeft te leiden tot een nadeel bij bijvoorbeeld een wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Uit de schaarse jurisprudentie blijkt dat het ontbreken van een ondernemingsraad kan betekenen dat de kantonrechter van mening is dat de beleidsvrijheid van de ondernemer/werkgever wordt beperkt. Illustratief hiervoor vormt de kwestie waarover de kantonrechter te Alkmaar in 2009 moest oordelen.<sup>8</sup> In deze kwestie was sprake van een werkgever met circa 600 werknemers, welke niet beschikte over een ondernemingsraad. Er werd verzocht om ontbinding van een arbeidsovereenkomst met een werknemer die weigerde het nieuwe alcoholbeleid te ondertekenen. Het nieuwe beleid betekende een inbreuk op de privacy en het had zeker op de weg van de werkgever gelegen om met het personeel te overleggen. Een ondernemingsraad zou over dit beleid instemmingsrecht hebben gehad. De verzochte ontbinding werd geweigerd. Ik vraag mij af in hoeverre deze benadering van deze kantonrechter kan worden geëxtrapoleerd tot een algemene regel. Ik denk dat dit te ver gaat.

Feit blijft natuurlijk wel dat de redelijkheidstoets wordt ingekleurd door de visie van het medezeggenschapsorgaan. Dit kan een rol spelen bij een toetsing aan de criteria ge-

1 Steven Jellinghaus is als advocaat en NMI-registermediator verbonden aan De Voort Advocaten/Mediators te Tilburg en als universitair docent verbonden aan het departement sociaal recht en sociale politiek van de University Tilburg.

2 Kamerstukken II 2012/13, 28 919, nr. 36, p. 3.

3 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 29 818, nr. 32. Kabinetsstandpunt Medezeggenschap 2009, p. 3-4.

4 In dat kader wijs ik naar de standaardliteratuur zoals L. Verburg, Rood's Wet op de Ondernemingsraden, Kluwer 2013, F. Vink en R. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, SDU 2013 en J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Wet op de Ondernemingsraden*, Paris 2010, p. 74 e.v.

5 L.C.J. Sprengers, commentaar op art. 27 WOR, in: T&C Arbeidsrecht, Kluwer 2012.

6 Zie hieromtrent nader met nadere literatuurverwijzing S.F.H. Jellinghaus en W. Zondag, SDU commentaar arbeidsrecht, art. 7:613 BW, SDU 2012, onderdeel c.3.5.

7 HR 7 oktober 1988, NJ 1989/335. Zie recent nog Ktr. Maastricht 28 maart 2012, JAR 2012/120: van belang is mede of de OR steun heeft gevraagd bij de achterban.

8 Ktr. Alkmaar 29 oktober 2009, LJN BK7946.

geven door art. 7:613 BW (het eenzijdige wijzigingsbeding), bij een ontslagtoets of bij een toetsing aan het zogenoemde Taxi Hofman-criterium.<sup>9</sup>

### Schending van het adviesrecht zonder medezeggenschapsorgaan

Vooropgesteld kan worden dat er bij afwezigheid van een ondernemingsraad vanzelfsprekend ook geen advies aan het medezeggenschapsorgaan kan worden gevraagd. Het is opvallend dat de beleidsrichtlijnen van het UWV, bijvoorbeeld de richtlijn 23 ter zake collectieve ontslagen, niet voorzien in de situatie dat niet aan de wettelijke verplichting tot instelling van een medezeggenschapsorgaan is voldaan. In de praktijk worden ontslaanvragen in een dergelijke situatie verder normaal door het UWV in behandeling genomen. Het ontbreken van een ondernemingsraad heeft derhalve hierop geen direct effect. Het besluit kan door de ondernemer/werkgever worden genomen en uitgevoerd. Echter, we zien vervolgens in de rechtspraak dat een aantal situaties zich voordoet, te weten:

1. de werknemers vorderen uitstel van de besluitvorming tot het moment dat een medezeggenschapsorgaan is ingesteld en over de kwestie is geoordeeld;
2. de invloed van het al dan niet bestaan van een medezeggenschapsorgaan op de hoogte van de ontslagvergoeding.

Voorts kan men zich sedert de aanpassing van de Wet Mel-  
ding Collectief Ontslag<sup>10</sup> afvragen op welke wijze de nietig-  
heidssanctie van art. 7 WMCO doorwerkt. Deze vraagstuk-  
ken zullen thans de revue passeren.

Allereerst de vordering tot uitstel van de besluitvorming (en derhalve het uitstellen van de behandeling van ontslag-  
aanvragen). Uit de rechtspraak kan worden opgemaakt dat de (voorzieningen)rechter niet snel een verzoek tot uitstel van een reorganisatie in afwachting van de instelling van een medezeggenschapsorgaan honoreert. Dit geldt zeker in het geval dat niet eerder (dus voor het reorganisatiebe-  
sluit) vanuit het personeel een verzoek tot instelling van een medezeggenschapsorgaan is gedaan. Zo oordeelde de kantonrechter te Utrecht dat het niet hebben van een medezeggenschapsorgaan aan een ontbinding van de ar-  
beidsovereenkomst niet in de weg staat.<sup>11</sup> Ook de rechter te Rotterdam was van mening dat een reorganisatie bij een ad-  
vocatenkantoor niet hoefde te worden opgeschort. Er moest wel een ondernemingsraad worden opgericht, maar dat liet de doorgang van de ontslaanvragen onverlet.<sup>12</sup> Hierbij werd door beide rechters van doorslaggevend belang geacht dat voordat de reorganisatie werd doorgevoerd nimmer tot het oprichten van een ondernemingsraad was verzocht. Dat een dergelijk verzoek van belang is voor de beoordeling van de kwestie door de rechter vond ook de kantonrechter in

Amsterdam.<sup>13</sup> In deze kwestie was reeds voor het nemen van het reorganisatiebesluit een verzoek ingediend tot het instellen van een medezeggenschapsorgaan. De rechter was om deze reden dan ook van mening dat het de ondernemer niet meer vrijstond om zonder op de instelling hiervan te wachten een reorganisatiebesluit te nemen en tot uitvoering daarvan over te gaan.

Een alternatieve benaderingswijze werd door de kanton-  
rechter te Zutphen toegepast.<sup>14</sup> Deze stelde vast dat een no-  
tariskantoor met zestig werknemers niet beschikte over een  
ondernemingsraad alsmede dat als gevolg van de reorgani-  
satie (waarbij een kwart van het personeel werd ontslagen) de werkgever ook niet meer tot instelling behoefde over te  
gaan. Desalniettemin stelde de kantonrechter vast dat het wel op de weg van de ondernemer had gelegen, bij gebreke aan een ondernemingsraad, een personeelsvergadering bij-  
een te roepen. Tot het moment dat dit was gebeurd, was het de werkgever niet toegestaan om de reorganisatie verder uit te voeren (vgl. art. 35b WOR).

In het verleden is ook de kwestie aan de orde gekomen wat de positie is van medezeggenschapsorganen op het mo-  
ment dat zij na hun oprichting worden geconfronteerd met besluiten die adviesplichtig zouden zijn geweest als de on-  
dernemingsraad reeds had bestaan. De rechtspraak neemt daarbij als lijn aan dat in een dergelijke situatie het besluit niet had mogen worden genomen, wanneer de ondernemer niet kan aantonen waarom niet kon worden gewacht met het nemen van het besluit tot na de installering van de on-  
dernemingsraad.<sup>15</sup> Als gevolg daarvan kan het besluit alsnog aantastbaar zijn.

Deze benadering in de rechtspraak is mijns inziens met name vanuit praktische overwegingen ingegeven. Immers, het instellen van een medezeggenschapsorgaan door mid-  
del van het organiseren van verkiezingen neemt enige tijd in beslag. Daarbij hoeft bij de oprichting van een onderne-  
mingsraad niet de 13-wekentermijn van het SER-voorbeeld-  
reglement tot uitgangspunt te worden genomen. De WOR kent een dergelijke termijn niet, maar er zal wel gevolg moeten worden gegeven aan de eisen die aan een eerlijke verkiezing mogen worden gesteld.<sup>16</sup> Doorgaans kan het uit-  
stel ook om financiële overwegingen niet worden gevergd. Aan de andere kant mag niet worden vergeten dat het voor-  
bereiden van een reorganisatie ook tijd vergt en daarbij kan het instellen van een vorm van medezeggenschap een aandachts-/actiepunt vormen. In veel gevallen wordt in de praktijk ervoor gekozen om bij het ontbreken van een on-  
dernemingsraad de bepalingen die gelden ten aanzien van de personeelsvergadering toe te passen, dit in het verlengde

9 HR 26 juni 1998, JAR 1998/199.

10 Wet 1 maart 2012, Stb. 2011, 597.

11 Ktr. Utrecht 20 november 2012, ECLI:NL:RBUR:2012:BY3947.

12 Rb. Rotterdam (vzr.) 19 december 2012, JAR 2013/86.

13 Ktr. Amsterdam 11 maart 2013, JAR 2013/77.

14 Ktr. Zutphen 20 mei 2009, JAR 2009/158.

15 Rb. Utrecht (pres.) 14 augustus 1990, ROR 1990/31 en Hof Amsterdam (OK) 1 november 1990, ROR 1990/32. Geen nieuwe situatie werd aangenomen in Hof Amsterdam (OK) 15 april 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:BH6920.

16 Bovendien mag niet worden vergeten dat op grond van art. 48 WOR ook nog de vakorganisaties moeten worden geraadpleegd omtrent het opge-  
stelde concept-reglement.

van de eerdergenoemde uitspraak van de Kantonrechter Zutphen. Een andere in de praktijk veel toegepaste regeling betreft het ad hoc oprichten van een ondernemingsraad, zonder hiervoor echte verkiezingen te organiseren. Alhoewel de legitimiteit hiervan discutabel is, levert dit in de praktijk weinig problemen op.

Van een andere orde is de vraag welk effect het niet raadplegen van de werknemersvertegenwoordiging vanwege het enkele feit dat deze niet is ingesteld, heeft op bijvoorbeeld de aan een werknemer toe te kennen ontslagvergoeding. Daarbij valt te denken aan een ontbindingsvergoeding of een schadevergoeding in het kader van een kennelijk onredelijke opzegging (art. 7:681 BW). De rechtspraak is hier weinig concreet over.<sup>17</sup> Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat het enkele feit dat een ondernemingsraad niet was ingesteld nog niet automatisch met zich brengt dat op grond van dat enkele feit reeds gesproken kan worden van een kennelijk onredelijke opzegging.<sup>18</sup> Daarbij zij opgemerkt dat wel een personeelsvertegenwoordiging was ingesteld en dat deze vertegenwoordiging achteraf is geconsulteerd en daarbij akkoord is gegaan met de plannen.

Een voorzichtige conclusie luidt dat het al dan niet voldoen aan de wettelijke eisen omtrent instelling van een medezeggenschapsorgaan geen gevolgen heeft voor de vergoeding die aan een werknemer wordt toegekend. Zelf acht ik dit vanuit een wetstechnisch oogpunt een juiste ontwikkeling. Natuurlijk, een werkgever is verplicht om aan zijn wettelijke verplichtingen te voldoen. In hoeverre kan in het algemeen de stelling worden betrokken dat het enkele feit dat er geen medezeggenschap is ingericht met zich brengt dat dus sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging? En als dat al wordt aangenomen, welke schade kan hieraan dan worden gehangen? Volgens mij kan het gebrek aan invloed van de medezeggenschap er alleen toe leiden dat de rechter (nog) kritischer kijkt naar de redenen om tot het besluit te komen en of het besluit ook deugdelijk is genomen (waaronder de toepassing van bijvoorbeeld het afspiegelingsbeginsel en de bijbehorende uitwisselbaarheid van functies). Ook de zogenoemde kantonrechttersformule verstrekt geen aanwijzing op welke wijze de hoogte van de ontbindingsvergoeding wordt beïnvloed wanneer een oordeel van een medezeggenschapsorgaan ontbreekt, terwijl deze er wel had moeten zijn. Wat mij betreft geldt ook in deze situatie dezelfde redenatie als een aanzien van het oordeel over de kennelijke onredelijkheid van de opzegging.

Deze benadering ligt bovendien in lijn met de benadering van de rechtspraak ten aanzien van het afsluiten van sociale plannen. De Hoge Raad heeft in het standaardarrest Bulut/Troost aangegeven dat sociale plannen afgesloten met een ondernemingsraad in het algemeen niet normerend zijn in

een 7:681-procedure.<sup>19</sup> Een vergelijkbare benadering is te vinden in aanbeveling 3.7 van de kantonrechttersformule. Het zou tegen die achtergrond een vreemde benadering zijn wanneer wel een substantiële betekenis zou worden toegekend aan het enkele feit dat bij de beoordeling van een ontslaanvraag (en in het bijzonder de financiële compensatie) wel waarde aan het (niet-)bestaan van een ondernemingsraad wordt gehecht.

Tot slot komen we in dit kader ook nog bij het vraagstuk betreffende de betekenis van de wijziging sedert 1 maart 2012 van de Wet Melding Collectief Ontslag.<sup>20</sup> Hierbij is de werkingssfeer uitgebreid en is in art. 7 een hardere sanctie geïntroduceerd. Het artikel luidt als volgt:

### "§ 3. Gevolgen van niet-naleving meldingsplicht

#### Art. 7

1. De opzegging door de werkgever, behoudens in het geval het bevoegd gezag daarvoor toestemming heeft verleend met toepassing van artikel 6, tweede en derde lid, en een op initiatief van de werkgever gesloten beëindigingsovereenkomst zijn vernietigbaar, indien:
  - a. de werkgever niet aan de verplichting tot melding heeft voldaan;
  - b. de werkgever de belanghebbende verenigingen van werknemers en de ondernemingsraad, niet heeft geraadpleegd; of
  - c. niet is voldaan aan artikel 5a, eerste lid.
2. De werknemer kan gedurende zes maanden na de opzegging van de arbeidsovereenkomst of het aangaan van de beëindigingsovereenkomst een beroep doen op een vernietigingsgrond als bedoeld in het eerste lid."

Deze wetstekst geeft duidelijk aan dat wanneer het overlegtraject (inclusief advisering) niet is doorlopen, dit zelfs tot vernietiging van het ontslag kan leiden. Wat nu echter als er geen (wettelijk verplichte) de ondernemingsraad is ingesteld. De richtlijnen van het UWV zwijgen hierover. Grofweg zijn er een tweetal opties denkbaar, te weten:

- de ontslagen zijn vernietigbaar want de ondernemingsraad is niet geraadpleegd;
- er is geen ondernemingsraad en derhalve kon niet aan het raadplegingsvoorschrift worden voldaan.

Een alternatief zou ook nog kunnen zijn bij het niet bestaan van een ondernemingsraad, de werkgever dan als alternatief ten minste (analoog) uitvoering had moeten geven aan art. 35a WOR en derhalve een personeelsvergadering bijeen had moeten roepen.

Het is opvallend dat dit aspect in de wetsgeschiedenis geen aandacht heeft gekregen, terwijl een groot aantal werkge-

17 We zien overigens dat soms het niet raadplegen van een medezeggenschapsorgaan door de kantonrechter als vergoedingsverhogend wordt gezien, zie bijvoorbeeld Ktr. Heerlen 9 maart 2005, JAR 2005/125.

18 Hof 's-Hertogenbosch 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7203.

19 HR 14 juni 2002, JAR 2002/165.

20 Zie hieromtrent nader onder meer J.H. Even en C.M. Jakimowicz, Commentaar Wet Melding Collectief Ontslag in SDU commentaar Arbeidsrecht, SDU 2012.

vers niet aan de instellingsverplichting voldoet.<sup>21</sup> Dit geldt evenzo voor de publicaties ter zake dit onderwerp. Duidelijk is wel dat met name de vernietigbaarheidssanctie is ingebracht in de wet om hiermee een sanctie te creëren als de regels niet worden nageleefd.<sup>22</sup> De minister geeft in het verslag aan de Tweede Kamer aan dat de raadpleging van de ondernemingsraad niet nieuw is, omdat deze verplichting ook al stond in de oude wetstekst.<sup>23</sup> Deze constatering is juist. Echter, thans wordt er ook expliciet een mogelijke vernietigbaarheidssanctie aan gekoppeld.

feite in die situatie een dode letter is. De praktische consequentie is dan dat de vernietigbaarheidssanctie hiervoor niet geldt.

Uit de wetsgeschiedenis bij de 'oude' WMCO-regeling was het niet noodzakelijk om te beoordelen of het medezeggenschapstraject deugdelijk was gevolgd, zodat evenmin werd beoordeeld of er wellicht ten onrechte geen medezeggenschapsorgaan was ingesteld. Dit werd door volgens de minister door art. 36 WOR voldoende gewaarborgd.<sup>24</sup> De minister heeft, zoals hierboven ook al is vermeld, aangegeven dat er met de wetswijziging geen nieuwe benadering wordt voorgestaan ten aanzien van het raadplegen van de ondernemingsraad. Derhalve was het kennelijk nimmer de bedoeling van de minister om een werkgever die geen ondernemingsraad heeft ingesteld om die reden te confronteren met een vernietigbaarheidssanctie.

Ik vind dit zelf een gemiste kans. Zeker nu nog steeds kennelijk 25% van de werkgevers niet voldoen aan de verplichting om een ondernemingsraad in te stellen. Echter, ook hier geldt wellicht weer het praktische gegeven, dat in sommige gevallen niet op een instelling kan worden afgewacht.

### Naar een afronding

In deze bijdrage is gekeken naar de positie van werkgevers die niet voldoen aan hun wettelijke verplichting tot het instellen van een ondernemingsraad. Het niet hebben van een ondernemingsraad heeft geen strafrechtelijke gevolgen, maar geconstateerd wordt dat dit bij het doorvoeren van arbeidsvoorwaardelijke maatregelen (die bijvoorbeeld de instemming van de ondernemingsraad nodig hebben) tot een kritische houding van de rechter kan leiden. Een reorganisatie zonder ondernemingsraad kan worden doorgevoerd. Wanneer werknemers zich beroepen op het niet bestaan van een ondernemingsraad, zal de rechter met name kijken naar het moment waarop het verzoek tot instellen van de ondernemingsraad wordt gedaan.

Tot slot bestaat er onduidelijkheid ten aanzien van de gevolgen voor het raadplegingscriterium dat volgt uit de Wet Melding Collectief Ontslag. Alhoewel de wetsgeschiedenis dit niet expliciet beschrijft, kan voorzichtig hieruit de conclusie worden getrokken dat het niet beschikken over een ondernemingsraad ertoe leidt dat het WMCO-voorschrift in

<sup>21</sup> Zie *Kamerstukken* 32 718 voor de wetsgeschiedenis.

<sup>22</sup> Dit stelt de minister bijv. expliciet in de NV II. Zie *Kamerstukken* II 2011/12 32 718, nr. 6, p. 4.

<sup>23</sup> Zie *Kamerstukken* II 2011/12, 32 718, nr. 6, p. 11.

<sup>24</sup> Zie *Kamerstukken* II 1975/76, 12 324, nr. 5, p. 7 en *Algemene Beraadslagingen*, p. 2885.